Die

Begründung der Zwangshypothek für eine schon durch Verkehrshypothek gesicherte Forderung.

Inaugural-Dissertation

zur

Erlangung der Doktorwürde

der

juristischen Fakultät der Universität Rostock

vorgelegt von

Gerichtsassessor **Kruse**

aus Husum.

ACAD. LEGUM RAT. BIBL.

Rostock.

Carl Boldt'sche Hof-Buchdruckerei.

1907.

Referent: Professor Dr. **Matthiass.**

Meinem lieben Vater

in Dankbarkeit

gewidmet.

Verzeichnis der benutzten Schriften.

1. Einzelschriften.

Achilles-Strecker, Grundbuchordnung, I. Teil, Reichsrecht, Berlin 1901.

Best, Das Grundbuch- und Hypothekenrecht nach der neuen bürgerlichen Gesetzgebung, Gießen 1896.

Biermann, Das Sachenrecht des BGB., 2. Aufl., Berlin 1903.

Boehm, Das materielle und formelle Reichsgrundbuchrecht, Hannover 1898.

Brand, Das Grundbuchsystem in der gerichtlichen Praxis, Berlin 1904.

Cosack, Lehrbuch des bürgerlichen Rechts, Bd. II, Jena 1900.

Crome, System des deutschen bürgerlichen Rechts, Bd. III, Sachenrecht, Tübingen 1905.

Denkschrift zum Entwurf eines bürgerlichen Gesetzbuchs, Berlin 1906.

Dernburg, Bürgerliches Recht, Bd. III, Sachenrecht, 3. Aufl., Halle 1904.

Endemann, Einführung in das bürgerliche Gesetzbuch, Bd. II, 8. und 9. Aufl., Berlin 1905.

Enneccerus-Lehmann, Das bürgerliche Recht, Bd. II, 2. Aufl., Marburg 1901.

Fischer-Henle, Bürgerliches Gesetzbuch, 4. Aufl., München 1900.

Fischer, Grundbuchordnung, 2. Aufl., Guttentag, Berlin 1900.

Fischer-Schäfer, Die Zwangsvollstreckung in das unbewegliche Vermögen, Berlin 1902.

Fuchs, Grundbuchrecht, Bd. I, Materielles Grundbuchrecht, Berlin 1902.

Fuchs, Grundbuchrecht, Bd. II, Formelles Grundbuchrecht, Berlin 1902/1903.

Gutachtliche Äußerungen zu dem Entwurf eines BGB., Bd. III. Äußerungen zum Sachenrecht, Berlin 1890.

Gaupp-Stein, Die Zivilprozeßordnung für das Deutsche Reich, 6. u. 7. Aufl., Bd. II, Tübingen u. Leipzig 1904.

Heilfron, Lehrbuch des bürgerlichen Rechts, Bd. III, Sachenrecht, 2. Aufl., Berlin 1903.

Hachenburg, Das bürgerliche Gesetzbuch für das Deutsche Reich, Vorträge, 2. Aufl., Mannheim 1900.

Hahn-Mugdan, Die gesamten Materialien zu den Reichsjustizgesetzen, Bd. V.

Jaeckel, Reichsgesetz über die Zwangsversteigerung und Zwangsverwaltung, Kommentar, 2. Aufl., Berlin 1904.

Kleinfeller, Lehrbuch des deutschen Civilprozeßrechts, Berlin 1905.

Krech und Fischer, Die Preußische Gesetzgebung betr. die Zwangsvollstreckung in das unbewegliche Vermögen, 3. Aufl., Berlin 1904.

Krech und Fischer, Die Zwangsvollstreckung in das unbewegliche Vermögen, 2. Aufl., Berlin 1900.

Krech, Die Rechte an Grundstücken in Bekker und Fischers Beiträgen zur Erläuterung und Beurteilung des Entwurfs eines bürgerlichen Gesetzbuchs, 14. Heft, Berlin 1889.

Kuhlenbeck, Bürgerliches Gesetzbuch, Bd. I, Berlin 1899.

Lang, Die Gesamthypothek im Arch. f. civ. Praxis, Bd. 89, Freiburg 1899.

Materialien zur Civilprozeßordnung. Berlin 1898. = Mat.

Matthiass, Lehrbuch des bürgerlichen Rechts, Bd. II, 3. Aufl., Berlin 1900.

Motive zum Entwurfe eines Bürgerlichen Gesetzbuchs, Bd. III, Sachenrecht, Amtliche Ausgabe, Berlin und Leipzig 1888. = Mot.

Neumann, Jahrbuch des Deutschen Rechts. 1.—4. Jahrg., Berlin 1903—1906.

Neumann, Handausgabe des Bürgerlichen Gesetzbuchs, 4. Aufl., Bd. I., Berlin 1905.

Oberneck, Das Reichsgrundbuchrecht, Bd. I., 3. Aufl., Berlin 1904.

Petersen, Die Civilprozeßordnung für das Deutsche Reich, 5. Aufl., Bd. II, Lahr 1906.

Planck, Bürgerliches Gesetzbuch, 3. Aufl., Bd. III, Berlin 1906.

Predari, Die Grundbuchordnung, Teil 1, 3 und 4, Berlin 1900—1906.

Protokolle der Kommission für die II. Lesung des Entwurfs des Bürgerlichen Gesetzbuchs, Berlin 1899. = Prot.

Reincke, Die Deutsche Civilprozeßordnung, 5. Aufl., Berlin 1904.

Seuffert, Kommentar zur Civilprozeßordnung, 9. Aufl., Bd. II, München 1905.

Staudinger, Kommentar zum bürgerlichen Gesetzbuch, Bd. III, Kober, Sachenrecht, 2. Aufl., München 1903.

Strecker, Die Allgemeinen Vorschriften des BGB. über Rechte an Grundstücken. Berlin 1898.

Struckmann-Koch, Die Civilprozeßordnung für das Deutsche Reich, 8. Aufl., Bd. II, Berlin 1901.

Turnau-Foerster, Das Liegenschaftsrecht nach Deutschen Reichsgesetzen, 2. Aufl., Bd. I und II, Paderborn 1902 und 1903.

Willenbücher, Das Liegenschaftsrecht des bürgerlichen Gesetzbuchs und der Grundbuchordnung, Berlin 1904.

Warneyers Jahrbuch der Entscheidungen zum BGB. und den Nebengesetzen, 1.—4. Jahrg., Leipzig 1902—1905.

2. Zeitschriften und Sammlungen von Entscheidungen der erkennenden Gerichte.

Archiv Prax. = Archiv für civilistische Praxis.

Arch. bürg. R. = Archiv für bürgerliches Recht.

DJZ. = Deutsche Juristenzeitung.

JW. = Juristische Wochenschrift.
Gruchots Beitr. = Beiträge zur Erläuterung des Deutschen Rechts.
KGJ. = Jahrbuch für Entscheidungen des Kammergerichts in Sachen der freiwilligen Gerichtsbarkeit, in Kosten-, Stempel- und Strafsachen.
OLGRspr. = Die Rechtsprechung der Oberlandesgerichte, herausgegeben von Falkmann und Mugdan.
RG. = Entscheidungen des Reichsgerichts in Civilsachen.
RJA. = Entscheidungen in Angelegenheiten der freiwilligen Gerichtsbarkeit und des Grundbuchrechts. Zusammengestellt im Reichsjustizamt.
Recht. = Das Recht. Rundschau für den Deutschen Juristenstand.
Sächs. Arch. = Sächsisches Archiv für bürgerliches Recht und Prozeß.

Sonstige Abkürzungen:

BGB. = Bürgerliches Gesetzbuch.
CPO. = Civilprozeßordnung.
GBO. = Grundbuchordnung.
Kg. = Kammergericht.

Inhalt.

Seite

§ 1. Einleitung: Der praktische Fall . . . . . 11—12

I. Die Rechtsstellung des E. und F.

§ 2. 1. Zunächst haben weder E. noch F. rechtswirksam gepfändet, wenn beide Hypotheken bestehen; ferner kommt . . . . . 12—16

§ 3. 2. ein gutgläubiger Rechtserwerb nicht in Frage; E. und F. können nur Rechte des A. erwerben . 16—18

II. Welche Rechte hat A.? Bestehen beide Hypotheken zu Recht?

§ 4. 1. Nach materiellem Recht kann eine Sicherungshypothek neben einer Briefhypothek für dieselbe Forderung nicht begründet werden, sie gelangt trotz Eintragung nicht zur Entstehung . . . . . 18—30

§ 5. 2. Hier ist die Sicherungshypothek eine Zwangshypothek gemäß § 866 CPO. . . . . 30—39

§ 6. 3. Zwar enthält die CPO. kein Verbot des Zusammentreffens von Zwangshypothek und „Vertragshypothek", aber . . . . . 39—46

§ 7. 4. das zu II, 1 ausgeführte Verbot des materiellen Rechts gilt auch für die Zwangshypothek, wenn die bestehende Vertragshypothek eine Verkehrshypothek ist . . . . . 46—55

§ 8. III. Demnach hat nur F. rechtswirksam gepfändet, E. dagegen nicht . . . . . 55—58

§ 9. IV. War dem Grundbuchrichter das Bestehen der Briefhypothek auf dem Grundstück Z. bekannt, so durfte er die Zwangshypothek nicht eintragen . . 58—61

Einleitung.

§ 1.

Die den Gegenstand der folgenden Erörterungen bildende Frage ist praktisch von großer Bedeutung. Sie wird in der Literatur verschieden beantwortet. Es ermangelt aber an einer näheren Begründung der einen oder anderen Ansicht, jedenfalls soweit mir die Literatur nach sorgfältiger Prüfung zugänglich gewesen ist. Einige im Laufe der Untersuchung näher zu besprechende Entscheidungen der Gerichte, insbesondere des Kammergerichts,[1] haben neuerdings vorwiegend aus praktischen Gesichtspunkten die Frage bejaht. Jedoch sind diese Entscheidungen m. E. angesichts der Grundregeln des Immobiliar- — des formellen sowohl wie des materiellen — Sachenrechts nicht haltbar. Diese meine Auffassung werde ich nunmehr darzulegen versuchen. Zum leichteren Verständnis erscheint es mir zweckentsprechend, zumal da es sich hier um mehrere kollidierende Grundbucheintragungen handelt, der Besprechung einen praktischen Fall zugrunde zu legen. Gerade an solchem Fall wird sich am besten

[1] Vergl. Seite 69 ff.

zeigen lassen, zu welch unhaltbarem Ergebnis eine Bejahung unserer Frage führt.

Der Fall ist folgender:

A. erwirkt die Eintragung einer Zwangshypothek gegen seinen Schuldner B. auf dessen Grundstück X. Wegen der Forderung war bereits eine Briefhypothek auf einem jetzt dem C. gehörigen, früher dem B. gehörig gewesenen Grundstück Z. eingetragen. Die Grundstücke X. u. Z. liegen in verschiedenen Grundbuchbezirken. Jetzt hat E. in wirksamer Weise die erstere, F. die zweite Hypothek pfänden lassen. In beiden Fällen ist gleichzeitig mit der Hypothek auch die persönliche Forderung des A. gegen B. gepfändet. Ein Mithaftvermerk befand sich weder auf dem Grundbuchblatt des Grundstücks X. noch auf dem des Grundstücks Z.

§ 2. I, 1.

E. und F. sind Gläubiger des A. Sie sind im Wege der Zwangsvollstreckung gegen A. vorgegangen und haben gepfändet. Soweit ihre Pfändungen Rechtswirksamkeit haben, sind sie also beide Pfändungspfandgläubiger.

Gepfändet haben beide die Forderung des A. gegen B. Die Pfändung einer Forderung ist nach § 829, Abs. 3, CPO. mit der Zustellung des vom Vollstreckungsgericht zu erlassenden Pfändungsbeschlusses an den Drittschuldner bewirkt. Die Forderung ist im vorliegenden Falle hypothekarisch gesichert. Und für die Pfändung einer durch eine Hypothek gesicherten

Forderung gelten besondere Vorschriften. Hier genügt nicht die Beobachtung des § 829 CPO. Vielmehr ist zur Pfändung einer Forderung, für welche eine Hypothek besteht, außer dem Pfändungsbeschluß die Übergabe des Hypothekenbriefes an den Gläubiger erforderlich — § 830, Abs. 1, Satz 1 CPO. Ist die Erteilung des Briefes ausgeschlossen, so bedarf es der Eintragung der Pfändung in das Grundbuch; die Eintragung erfolgt auf Grund des Pfändungsbeschlusses — § 830, Abs. 1, S. 3 CPO. Die Pfändung der Forderung allein gemäß § 829 CPO. hat in solchem Falle — wenn also eine Hypothek besteht — keine Wirkung.

Die Bestimmungen über die Pfändung einer hypothekarisch gesicherten Forderung entsprechen dem materiellen Hypothekenrecht. Sie sind eine Konsequenz[1] der im § 1274 BGB. für die Verpfändung aufgestellten Regel. Die Bestellung des Pfandrechts an einem Rechte erfolgt nach den für die Übertragung des Rechtes geltenden Vorschriften. Nach § 1154 BGB. ist zur Übertragung einer Hypothek die schriftliche Erklärung der Übertragung und die Übergabe des Hypothekenbriefes, wenn aber dessen Erteilung ausgeschlossen ist, gemäß § 873 BGB. die Einigung der Beteiligten und die Eintragung ins Grundbuch erforderlich. Bei der Pfändung tritt an die Stelle jener Erklärung oder Einigung der gerichtliche Pfändungsbeschluß.[2]

---

[1] Gaupp-Stein, II. § 830, A. II. Abs. 2. Petersen, II. § 830 A. 2.

[2] Mat. z. CPO. S. 237 (zu § 731 d. Nov.). Gaupp-Stein, § 830 II. 1. Petersen, § 830, 2.

Der § 830 CPO. entspricht ferner der Vorschrift des § 1153 BGB. Die Hypothek kann nicht ohne die Forderung, die Forderung nicht ohne die Hypothek abgetreten werden. Die Abtretung der Hypothek geschieht durch Abtretung der persönlichen Forderung. So kann nicht die Hypothek dem einen, die persönliche Forderung einem anderen abgetreten werden. Beide sind in der Hand des Gläubigers insofern untrennbar.[1] Aus der im § 1153 BGB. ausgesprochenen Regel der Untrennbarkeit von Hypothek und Forderung, einer Regel, welche das ganze Hypothekenrecht, wenn auch mit Ausnahmen, beherrscht,[2] folgt denn auch, daß wie die Forderung nicht ohne die Hypothek, so die Hypothek nicht ohne die Forderung gepfändet werden kann.[3] Eine selbständige Pfändung ist daher auf der einen Seite nicht zulässig, auf der anderen Seite auch dann nicht etwa erforderlich, wenn Eigentümer und Schuldner verschiedene Personen sind.

Wirksam wird die Pfändung einer hypothekarisch gesicherten Forderung bei Vorhandensein einer Briefhypothek mit der Übergabe des Hypothekenbriefs an den Gläubiger, die durch die Wegnahme seitens des Gerichtsvollziehers ersetzt wird — § 830 Abs. 1, Satz 2 CPO. —, im Falle, daß die Erteilung des Briefes ausgeschlossen ist, mit der Eintragung in das Grundbuch.

[1] Vergl. Crome, III, S. 663, Anm. 77.

[2] So Planck III, Vorb. z. 8. Abschn. S. 508; Turnau-Foerster I, S. 592, 2; Fuchs S. 390, 5, 481 Nr. 16; Dernburg III, § 222; a. M. Oberneck S. 478 ff.; Staudinger S. 208 I; Matthiass II, S. 148, § 55 II; Boehm zu § 1153 II.

[3] Seuffert II, § 830 A. II, 1; Planck, § 1153, 3; Mot. III. 704; Gaupp-Stein, § 830 II, 1.

Die nach § 829 Abs. 3 CPO. für die Forderungspfändung erforderliche Zustellung des Pfändungsbeschlusses ist nicht notwendig.[1] Jedoch gilt nach § 830, Abs. 2 CPO. die Pfändung dem Drittschuldner gegenüber mit der Zustellung als bewirkt, wenn der Pfändungsbeschluß vor der Übergabe des Hypothekenbriefes oder der Eintragung ins Grundbuch dem Drittschuldner zugestellt wird. Die Wirksamkeit dieser vorherigen Zustellung ist aber immer davon abhängig, daß tatsächlich nachher auch die Übergabe oder die Eintragung erfolgt. Geschieht letzteres nicht, so ist eine nach Zustellung vom Drittschuldner an den Schuldner bewirkte Zahlung den Pfändungsgläubigern gegenüber wirksam.

Im vorliegenden Falle hat E. die Forderung mit der Zwangshypothek, F. die Forderung mit der Briefhypothek in der vorgeschriebenen Form gepfändet. E.'s Pfändung ist also in das Grundbuch eingetragen, F. hat den Hypothekenbrief in Händen.

Aber trotzdem folgt aus den besprochenen Gesetzes bestimmungen mit logischer Notwendigkeit, daß weder von E. noch von F. rechtsgültig gepfändet sein kann, wenn tatsächlich die beiden für die Forderung eingetragenen Hypotheken bestehen. Denn die eine Forderung ist durch die beiden Hypotheken gesichert, sie ist in gleicher Weise eng sowohl mit der auf dem Grundstück Z. ruhenden Briefhypothek, als auch mit der auf X. eingetragenen Zwangshypothek verbunden.

[1] Seuffert, § 830, Anm. 3.

Die Forderung ist in Anwendung des § 830 CPO. von F. deshalb nicht gepfändet, weil die Pfändung der durch die auf X. eingetragenen Zwangshypothek gesicherten Forderung — also derselben Forderung — durch Eintragung in das Grundbuch von X. erfolgen mußte; dies ist nicht geschehen. Ebensowenig hat E., der zwar in Ansehung der Zwangshypothek die Vorschrift des § 830 CPO. beobachtet hat, sie befolgt im Hinblick auf die fernerhin zur Sicherung für die Forderung auf dem Grundstück Z. eingetragene Briefhypothek. Denn die Forderung ist solange nicht gepfändet, als der Brief nicht übergeben ist.

§ 3. I, 2.

Dies Ergebnis erscheint befremdlich mit Rücksicht darauf, dass weder auf dem Blatt des einen noch dem des andern Grundstücks ein Mithaftvermerk eingetragen stand, dass E. und F. im Vertrauen auf die Richtigkeit des Grundbuchs pfändeten und trotzdem keine Rechte aus den von ihnen bewirkten Pfändungen herleiten können. Auf den öffentlichen Glauben des Grundbuchs können E. und F. sich nicht berufen, mögen sie sich die eingetragene Forderung nun zur Einziehung oder an Zahlungsstatt überweisen lassen.

Zwar bestimmt § 892 BGB., daß zu Gunsten desjenigen, welcher ein Recht an einem Grundstück oder ein Recht an einem solchen Recht erwirbt, der Inhalt des Grundbuchs als richtig gilt, es sei denn, daß ein Widerspruch gegen die Richtigkeit eingetragen

oder die Unrichtigkeit dem Erwerber bekannt ist. Selbst wenn die letzten beiden Ausnahmen nicht vorliegen, kann sich aber nur derjenige auf jene Fiktion berufen, der ein solches Recht durch Rechtsgeschäft erwirbt, wie im § 892 BGB. bestimmt ist. Der öffentliche Glaube des Grundbuchs erstreckt sich nur auf rechtsgeschäftlichen Erwerb, nicht aber auf Rechtserwerb im Wege der Zwangsvollstreckung.[1] Und um einen solchen handelt es sich hier.

A. hat nur eine Forderung, zwiefach dinglich gesichert. In einem Falle rechtsgeschäftlichen Erwerbes konnte allerdings eine Vervielfältigung[2] des Forderungsrechtes dann eintreten, wenn in der Person gutgläubiger Erwerber der öffentliche Glaube des Grundbuchs als selbständig rechtserzeugender Faktor hinzukam.

An sich kann der Gläubiger die eine wenn auch mehrfach gesicherte Forderung nur einmal abtreten, er hat nur die eine Forderung. Der Cessionar erwirbt dann die Forderung mit der Hypothek, soweit naturgemäß nicht etwa weitere Belastungen aus dem Inhalt des Grundbuchs erkennbar sind. Tritt nun aber der Gläubiger nun nochmals die Forderung mit einer anderen Hypothek ab, so tritt er etwas ab, was er nicht hat. Er kann also an sich nichts mehr abtreten. Trotzdem erwirbt auch dieser Cessionar die Hypothek mit der Forderung, soweit die am öffentlichen Glauben des Grundbuchs teilnehmen (vergl. § 1138 BGB.). Es handelt

[1] cf. Prot. III, S. 78 ff; Oberneck, S. 299; Turnau-Foerster I, S. 203. 564; Crome, III, S. 654.

[2] Biermann, zu § 1132. Anm. 1, Abs. 1.

sich hier um originären Rechtserwerb; den Rechtsgrund des Erwerbes bildet der öffentliche Glaube des Grundbuchs. Die Folge ist gewissermaßen eine Verdoppelung des Forderungsrechtes. Der Schuldner muß zweimal zahlen. Denn die gutgläubigen Erwerber können Befriedigung aus dem ihnen verhafteten Grundstück verlangen. Für E. und F. ist vorliegend ein solcher gutgläubiger Rechtserwerb ausgeschlossen.

E. und F. können auf Grund ihrer Pfändung nicht mehr Rechte erwerben, als A., ihr Schuldner, hat. Deshalb bedarf es nunmehr einer Prüfung, welche Rechte A. überhaupt hat. Stellt sich z. B. bei dieser Prüfung heraus, daß A. gar nicht in Uebereinstimmung mit dem Grundbuch die dort bezeugten Rechte oder eines derselben nicht hat, so ändert sich naturgemäß auch das bisher gewonnene Ergebnis. Hatte z. B. A. die Zwangshypothek oder vielmehr das der formellen Eintragung zu Grunde liegende materielle dingliche Recht aus irgend einem Grunde nicht erworben, ist also das Grundbuch, weil mit der wirklichen Rechtslage nicht im Einklang stehend, unrichtig, so kann E. aus der Pfändung jener Zwangshypothek auch keine Rechte erwerben, und es fragt sich dann, ob nicht F. aus seiner Pfändung entgegen dem obigen Ergebnis Rechte herleiten kann.

§ 4. II, 1.

A. hat eine Forderung gegen B. Zwei dingliche Sicherheiten stehen ihm für diese Forderung nach dem

Inhalt des Grundbuchs zu, zwei Hypotheken, eine Briefhypothek und eine Zwangs-Sicherungshypothek.

Aus einer Hypothek erwächst dem Gläubiger, neben dem zu sichernden Anspruch aus der persönlichen Forderung gegen den Schuldner, der Anspruch auf Befriedigung seiner Forderung a u s dem Grundstück, § 1113 BGB. Die Hypothek ist ein dingliches Recht.[1] Die Befriedigung a u s dem Grundstück bedeutet, daß dasselbe wegen der geschuldeten Geldsumme zur Zwangsvollstreckung gebracht werden kann — § 1147 BGB. — Deshalb hat der Gläubiger auch keinen Anspruch auf Befriedigung durch die Person des Grundstückseigentümers[2], gegen diesen nur den Anspruch auf Duldung der Zwangsvollstreckung in das Grundstück. Die Hypothek ist keine Realobligation.[3] Als dingliches Recht ist sie ein Pfandrecht[4], es gewährt das Recht, sich aus den Pfandgegenständen wegen der durch diese gesicherten Forderung zu befriedigen.

Der Charakter der Hypothek als der Sicherung[5] eines persönlichen Anspruchs auf Zahlung einer bestimmten Geldsumme zeigt, daß, auch wenn eine

---

[1] Mot. III, S. 602, f.; Planck, Vorbem. 3. VIII, Abschn. 36; Biermann, zu § 1113.

[2] Matthiass, S. 158, § 58, I.

[3] Ebenso Planck, a. a. O.; Biermann, a. a. O. und zu § 1147; Enneccerus-Lehmann, § 102, Z. 4; Turnau-Foerster, I zu 1147; a. M. Crome, S. 644; Fuchs I, S. 373; Cosack, § 221.

[4] Dernburg, § 209; Planck a. a. O.; Matthiass, S. 142, a. M. Fuchs, S. 374; Predari, S. 214.

[5] Fuchs I, S. 376; Turnau-Foerster, § 1113, 1, a. M. Boehm, § 1113, Anm. VIII.

solche Sicherung mehrfach besteht, durch diese mehrfache Sicherung nicht etwa — abgesehen auch hier von dem etwaigen Hinzutreten des öffentlichen Glaubens des Grundbuchs — eine Vervielfältigung des Forderungsrechtes[1] herbeigeführt wird. Die Forderung ist immer das Haupt-, die Hypothek das Nebenrecht.[2] Selbst wenn mehrere Hypotheken bestehen, so kann doch die Forderung immer nur einmal verlangt werden. Ist der Gläubiger wegen seiner Forderung durch den Schuldner persönlich oder aus einem der verhafteten Grundstücke befriedigt, ist also seine Forderung erloschen, so entbehren jene anderen „Sicherungen" dem Gläubiger gegenüber des Rechtsgrundes. Die Forderung, welche „gesichert" werden soll, ist nicht mehr vorhanden. Gesichert werden kann nur etwas, was wirklich vorhanden ist.

Betrachtet man nunmehr von diesem Gesichtspunkte die beiden dinglichen Rechte, welche dem A. nach dem Inhalt des Grundbuchs für seine Forderung zustehen, so ergibt sich die Frage: In welchem Verhältnis stehen die beiden äußerlich anscheinend gänzlich von einander unabhängigen Hypotheken zu einander, die Briefhypothek auf Z. und die Sicherungshypothek auf X.?

Zwei Möglichkeiten sind zunächst gegeben: Entweder sie sind zwei selbständige von einander unabhängige Hypotheken oder sie bilden zusammen eine Gesamthypothek im Sinne des § 1132 BGB.

---

[1] cf. S. 19, Anm. 1.
[2] Mot. III, S. 704.

Die erste Möglichkeit ist nach der ganzen Regelung des Hypothekenrechts im BGB. ausgeschlossen. Der Grund liegt in erster Linie in dem oben kurz dargelegten Charakter der Hypothek überhaupt, insbesondere ihrer prinzipiellen Abhängigkeit von der zu Grunde liegenden Forderung. Zwei in gleicher Weise von der Existenz einer Forderung abhängige Rechte sind folgerichtig in ihrem Bestehen grundsätzlich von einander abhängig. Das BGB. kennt nicht mehrere Einzelhypotheken für ein- und dieselbe Forderung. Neben der Einzelhypothek (§ 1113 BGB.) gibt es wohl den Fall der hypothekarischen Belastung mehrerer Grundstücke zur Sicherung nur einer Forderung, dieses aber nur in der Form einer Gesamthypothek, nicht in Form von Einzelhypotheken.[1]

Bilden die beiden Hypotheken in unserm Falle eine Gesamthypothek? Ich prüfe diese Frage zunächst lediglich nach materiellem Recht, ohne auf den Entstehungsgrund der Hypotheken einzugehen.

Daß, wie hier, ein Mithaftvermerk auf keinem der beteiligten Grundbuchblätter eingetragen steht, ist für den rechtlichen Charakter einer Gesamthypothek, als eines materiellen Rechtes, belanglos. Die Hypotheken bilden nicht etwa deshalb keine Gesamthypothek. § 54 GBO., welcher die Eintragung des Mithaftvermerks vorschreibt, ist lediglich eine Formvorschrift. Deren Verletzung ist für das materielle Recht selbst ohne

[1] Ebenso: KG. in RJA. III. 208 = OLGRspr. 10, 100 = KGJ. 25 A. 294. Brand, § 121; Bedenken trägt hierzu Biermann im Recht 1905, 256.

Bedeutung;[1] sie kann allerdings zu gewichtigen Folgen, insbesondere zum Nachteile[2] des Schuldners führen. Die Formvorschrift soll gerade eine Benachteiligung des Schuldners durch eine mehrfache Abtretung und eine Vervielfältigung des Forderungsrechts verhüten.[3]

Das Auffallende ist nun im vorliegenden Falle, daß die zwei verhafteten Grundstücke ungleichartig belastet sind, insofern als das eine eine Briefhypothek, das andere eine Sicherungshypothek trägt — die Zwangshypothek ist rechtsnotwendig Sicherungshypothek. — Beide Belastungen sind zwar Hypotheken, im übrigen aber ihrem Wesen und ihrer Bedeutung nach sehr verschieden. Zur Beantwortung der Frage, ob sie eine Gesamthypothek bilden und ob sie überhaupt wegen ihrer Ungleichartigkeit eine solche bilden können, muß von dem Begriff der Gesamthypothek zunächst ausgegangen werden.

Die Gesamthypothek ist, wie das Gesetz — § 1132 BGB. — selbst sagt, eine Hypothek,[4] sie ist eine Belastung mehrerer Grundstücke zur Sicherung einer persönlichen Forderung. Sie entsteht, abgesehen von dem Falle der Zerlegung des belasteten Grundstücks in mehrere selbständige Grundstücke, dadurch, daß für ein und dieselbe Forderung gleichzeitig oder nacheinander an mehreren Grundstücken Hypothek bestellt

---

[1] So Planck, Vorbem. III, 4 zu § 873; Biermann Vorbem. 3 zu § 873.

[2] Vgl. oben S. 19 f.

[3] Turnau-Foerster, II S. 288.

[4] a. M. wohl nur Biermann im Recht, 1905, 256.

wird.[1] Die Gesamthypothek ist eine einheitliche Belastung.[2] Jedes verhaftete Grundstück ist mit der vollen Summe der Gesamthypothek belastet, immer nur aus dem einheitlichen Recht; es handelt sich nicht etwa um Einzelhypotheken an den einzelnen Grundstücken. Nach § 1182, Abs. 2 BGB. erlischt die Hypothek an allen Grundstücken dann, wenn der Gläubiger aus einem der verhafteten Grundstücke befriedigt wird, soweit nicht der befriedigende Eigentümer von andern Grundstücken Regreß nehmen kann. Die Belastung der einzelnen Grundstücke erfolgt, wie nach den Protokollen[3] geltend gemacht ist, unter der auflösenden Bedingung, daß sie mit der Befriedigung des Gläubigers aus einem der anderen Grundstücke erlischt. Abgesehen davon, daß dies schon für die Fälle nicht zutrifft, in denen der Eigentümer des befriedigenden Grundstücks einen Ersatzanspruch hat, ist jene Erklärung juristisch sehr bedenklich.[4] Sie gibt nur einen Vergleich, der sich auf die Wirkung, nicht aber auf den Zweck und den Inhalt des Instituts bezieht.[5] Jedenfalls kann von einer Bedingung im technischen Sinne nicht gesprochen werden.[6] Wohl wird aber durch jene

[1] cf. Planck, § 1132. Anm. 2.

[2] So Planck, Vorbem. z. VIII. Abschn. S. 515, 2; Hachenburg S. 636; Oberneck I. S. 873; Dernburg, S. 675; Bollen zu § 1132, I; Neumann, BGB. § 1132 I, 1; Endemann S. 808; Enneccerus-Lehmann S. 313; a. M. Lang in Arch. Civ. Prax. 89, 322.

[3] III, 623; Biermann, § 1132, 1; Fuchs, § 1132, 4; Turnau-Foerster I, 666.

[4] Ebenso Hachenburg, S. 636; Endemann, S. 808, Anm. 7.

[5] cf. Endemann, a. a. O.

[6] cf. Endemann, a. a. O.

Erklärung sehr gut die Abhängigkeit[1] der einzelnen Grundstücke in Ansehung der gemeinsamen Belastung veranschaulicht. Die Belastungen der einzelnen Grundstücke sind als Ausfluß eines einheitlichen Rechts untrennbar miteinander verbunden. Deshalb kann z. B. der Gläubiger nicht die Hypothek, soweit sie das eine Grundstück belastet, an eine Person abtreten, und sie, soweit sie ein anderes Grundstück ergreift, für sich behalten, oder an einen andern abtreten. Eine solche Trennung widerspricht, wie ich bereits oben bei Besprechung der Pfändung auseinandergesetzt habe,[2] der accessorischen Natur der Hypothek. Die teilweise Abtretung ist nicht möglich, sie ist nichtig.[3] So kommt auch dann, wenn zu einer die Gesamthypothek betreffenden Rechtsänderung der Eintragung ins Grundbuch bedarf, die Rechtsänderung erst dann zustande,[4] wenn die Eintragung bei sämtlichen Grundstücken erfolgt ist.

Auch die für die Gesamthypothek maßgebenden Vorschriften des formellen Grundbuchrechts weisen mit Deutlichkeit darauf hin, dass die Gesamthypothek ein einheitliches Recht ist. Bei Begründung einer Gesamthypothek hat der Grundbuchrichter die Mitverhaftung im Grundbuch, und zwar auf dem Blatte eines jeden mit verhafteten Grundstücks von amtswegen

---

[1] cf. Matthiass, S. 173, § 63.

[2] Vergl. S. 12 ff.

[3] So Dernburg, S. 676, Neumann, § 1132, II, 1; Boehm, § 1132, III; Fuchs, § 1132, 4c.

[4] So Planck, § 1132, 4; Biermann, § 1132, 1; Fuchs § 1132, 6 und § 1154, 10b; Turnau-Foerster, § 1154, I4; Rg. v. 16. März 1906 in DJZ. 1906, 761, a. M. Boehm, § 1254, IIb.

zu vermerken — § 49 GBO. — Nach § 59 GBO. soll über eine Gesamthypothek nur ein Brief erteilt werden. Nur wenn die belasteten Grundstücke in den Bezirken verschiedener Grundbuchämter belegen sind, so soll jedes Amt für die Grundstücke seines Bezirks einen besonderen Brief erteilen, eine Ausnahme lediglich aus Zweckmäßigkeitsgründen. Die Einheitlichkeit der Hypothek wird aber dadurch gewahrt, daß die verschiedenen Briefe miteinander zu verbinden sind. Bei nachträglicher Belastung eines weiteren Grundstücks ist, wenn ein Hypothekenbrief für die bisherige Belastung erteilt ist, die Mitbelastung auf dem Hypothekenbrief zu vermerken und zugleich der Inhalt des Briefes in Ansehung des neuen Grundstücks zu ergänzen — § 63 GBO. — Erst im Falle der nach § 1132 BGB. zulässigen Verteilung der Hypothek auf die einzelnen von ihr betroffenen Grundstücke ist für jedes Grundstück ein neuer Brief zu erteilen. Bei solcher Verteilung hört die Gesamthypothek auf zu bestehen, es entstehen für die einzelnen Teile der bisherigen ganzen Forderung Einzelhypotheken.

Ist nun die Gesamthypothek ein Recht, eine einheitliche Grundstücksbelastung, so folgt daraus, daß die Belastung auf den einzelnen von ihr ergriffenen Grundstücken eine ihrem Wesen nach gleichartige sein muß; nur diese Folgerung gibt die Gewißheit, daß die Belastungen an den einzelnen Grundstücken dasselbe Schicksal teilen.[1]

---

[1] So Endemann, S. 810.

Die Gesamthypothek kann ihrem Charakter nach demgemäß nicht auf dem einen Grundstück als Verkehrs- — also entweder als Brief- oder als Buchhypothek — und auf einem anderen Grundstück als Sicherungshypothek, auf dem einen als Brief- und auf dem anderen als Buchhypothek eingetragen werden, also auch nicht bestehen,[1] weil es dem Wesen des materiellen Rechts der Gesamthypothek widerspricht. Zwar sind die Rechte ja sämtlich Hypotheken und insoweit wesensgleich, als sie alle zur Sicherung einer persönlichen Forderung dienen. Aber sie sind in ihrer näheren Ausgestaltung derartig verschieden, daß man nicht mehr sagen kann, zwei Grundstücke sind einheitlich belastet, wenn z. B. auf dem einen eine Verkehrshypothek, auf dem anderen eine Sicherungshypothek ruht. Beide Formen sind ihrem rechtlichen Bestande nach sehr verschieden. Ich weise hin auf den grundsätzlichen Unterschied in Ansehung der Abhängigkeit der Hypothek von der persönlichen Forderung. Die Verkehrshypothek ist in ihrem Rechtsbestande nicht notwendig von dem Fortbestehen der ihr zu Grunde liegenden Forderung abhängig, und bereits durch ihre Eintragung wird die Vermutung für das Bestehen der

[1] So Planck, § 1132, 4, Abs. 2; Staudinger, § 1132 I, 1 c.; Neumann, § 1132, 3; Biermann, Komm. § 1132, 1; Willenbircher, § 1132, 3; Turnau-Foerster, § 1132, II a; Oberneck, S. 873; Dernburg, S. 676, Anm. 5; Krome, S. 779; Endemann, S. 810, R. 14; KG.,RJA., II, 94; III, 208; OLGRspr. 10, 100. — a. M. Biermann im Recht, 05, 256. Lang, a. a. O., S. 322. Beide lassen sogar schlechthin die Möglichkeit zu, daß die Gesamt-„hypothek“ auf dem einen Grundstück als „Hypothek“, auf dem anderen als „Grundschuld“ (!) ruht.

persönlichen Forderung begründet — §§ 1138, 1156 BGB.; — dagegen bestimmt sich bei der Sicherungshypothek das Recht des Gläubigers aus der Hypothek nur nach der Forderung; der Gläubiger kann sich nicht zum Beweise seiner Forderung auf die Eintragung im Grundbuch berufen — § 1184 BGB. — Besonders scharf tritt ein weiterer Unterschied bei der Briefhypothek hervor; das zeigt sich an der gänzlich verschiedenen Form der Weiterbegebung — §§ 1154, 873 BGB. — Wie soll z. B. eine Gesamthypothek übertragen werden, wenn sie aus einer Briefhypothek und einer Sicherungshypothek besteht? Die Übergabe des Briefes allein hat hier keine Bedeutung, es muß auch die Eintragung im Grundbuch der Sicherungshypothek erfolgen; früher ist die Rechtsänderung nicht vollzogen. Der Hypothekenbrief wäre seiner Verkehrsfunktion gänzlich entkleidet. Wie soll den Vorschriften des formellen Rechts genügt werden?[1] So insbesondere den §§ 59, 63 GBO. Hier würde man auf große Schwierigkeiten stoßen. Der bei einer Gesamthypothek zu bildende Brief soll die beiden belasteten Grundstücke enthalten; nach dem Gesetz ist aber die Erteilung eines Briefes für eine Sicherungshypothek ausdrücklich verboten — § 1185, Abs. 2 BGB. — Gleiche Schwierigkeiten bietet die Anwendung des § 63 GBO. Wie soll der Hypothekenbrief in Ansehung des mit „der Sicherungshypothek“ belasteten Grundstücks ergänzt werden?

---

[1] Vergl. Endemann, S. 810 Anm. 14.

Ich habe oben gezeigt, daß die hypothekarische Belastung mehrerer Grundstücke, sei es gleichzeitig, sei es zeitlich nacheinander, wegen einer Forderung nach dem Rechte des BGB. nicht in Form von Einzelhypotheken, sondern nur in Gestalt einer Gesamthypothek möglich ist. Nun ist die Zahl der dinglichen Rechte im BGB. eine geschlossene. Andere als ausdrückliche zugelassene und geregelte dingliche Rechte können auch durch Eintragung ins Grundbuch nicht zu dinglichen Rechten werden. Dasselbe muß gelten von der Ausgestaltung der zugelassenen Rechte. Nur so, wie sie das Gesetz ausdrücklich zuläßt und regelt, können sie entstehen und bestehen; auch eine Eintragung nützt in solchem Falle nichts, wenn nämlich ein solches Recht im Widerspruch mit den Regeln des Gesetzes eingetragen wird. Denn die Rechte bestehen nicht, weil sie eingetragen sind — der Grundsatz der formalen Rechtskraft hat im BGB. keine Aufnahme gefunden,[1] — sondern nur dann, wenn die sonstigen zur Entstehung der Rechte erforderlichen Voraussetzungen erfüllt sind.[2] Zu diesen Voraussetzungen gehört in erster Linie aber, daß ein Rechtsgebilde, welches entstehen soll, überhaupt nach Sachenrecht zulässig ist.[3] Ist dies nicht der Fall, so versagt eben auch das Grundbuch trotz Vorhandensein aller sonst für die Entstehung des Rechts nötigen Voraussetzungen die zur Entstehung erforderliche Mitwirkung. Eine trotzdem

[1] cf. Planck, III. Vorbem. S. 13; Mot. III. 137 ff.
[2] So Boehm, zu § 892, I.
[3] cf. Planck, Vorbem. VI. zu § 873.

erfolgte Eintragung kann das betreffende Rechtsgebilde nicht zur Entstehung gelangen lassen.

Der Rechtszustand im Grundbuch, wie er uns im vorliegenden Falle gegeben ist, widerspricht — wenn ich hier einstweilen die Frage nach dem besonderen Entstehungsgrund der Sicherungshypothek noch außer Betracht lasse — den Regeln des materiellen, wie des formellen Sachenrechts. Es ist ein Rechtsgebilde vorhanden, daß mit diesen Regeln nicht im Einklang steht. Der rechtliche Bestand der Briefhypothek auf dem Grundstück Z. steht außer Frage. Sie bestand zuerst als völlig zulässige Einzelhypothek für die Forderung. Die später eingetragene Sicherungshypothek konnte einmal nicht als Einzelhypothek entstehen; denn das Grundbuchrecht kennt nicht mehrere Einzelhypotheken für eine Forderung; auch konnte sie nicht mit der Briefhypothek eine Gesamthypothek bilden. Beide Möglichkeiten sind nach materiellem Rechte ausgeschlossen. Nach materiellem Recht ist also eine Eintragung in das Grundbuch erfolgt, die nicht in das Grundbuch hineingehört. Sie war unzulässig, sie erfolgte unter Verletzung gesetzlicher Vorschriften, der Regeln des materiellen Grundbuchrechts; deshalb konnte trotz der Eintragung eine dingliche Rechtsänderung nicht eintreten.[1] Zwar ist es keine ihrem Inhalt nach unzulässige Eintragung im Sinne des § 54 GBO., die von Amts wegen zu löschen ist, wie z. B. ein dingliches Mietrecht. Denn eine Sicherungs-

[1] So Fuchs, I, S. 71; Turnau-Foerster, II, S. 294, im Ergebnis ders. Ansicht. KG., vergl. oben S. 33, Anm. 2.

hypothek ist ein an sich eintragungsfähiges Recht, und es können daran Rechte entstehen, z. B. im Wege des öffentlichen Glaubens des Grundbuchs. Hier stand nur der Eintragung das konkrete Hindernis entgegen, daß für die zu sichernde Forderung bereits eine Verkehrshypothek auf einem andern Grundstück eingetragen stand. Deshalb war die Eintragung unstatthaft. Sie erfolgte, wie bereits gesagt, unter Verletzung gesetzlicher Vorschriften; und daher konnte B. im Beschwerdewege gemäß § 54, Abs. 1 GBO. die Eintragung eines Widerspruchs verlangen. Er hatte gegen A. einen Berichtigungsanspruch.

§ 5. II, 2.

Bisher ist die Frage nach dem Verhältnis der beiden im Grundbuch eingetragenen Hypotheken lediglich nach materiellem Recht behandelt. Nun ist die auf dem Grundstück X. eingetragene Sicherungshypothek ihrem Entstehungsgrunde nach eine „Zwangshypothek".[1] Die materiellen Voraussetzungen einer solchen sind in der CPO. geregelt und zwar im Rahmen der Vorschriften über die Zwangsvollstreckung. Nun können sich bei der Verschiedenheit des Entstehungsgrundes Bedenken ergeben, ob jene nach rein materiellem Recht bisher verneinte Möglichkeit der Entstehung der Sicherungshypothek nicht trotzdem hier gegeben ist,

[1] So bezeichnet von Dernburg, III, § 244; Crome III, 684; Turnau-Foerster II, 556; Achilles-Strecker, 99, Fischer-Schäfer, S. 153.

und zwar deshalb, weil hier für die eingetragene Sicherungshypothek die Bestimmungen der CPO. maßgebend sind.

Für die Beurteilung der sich hierbei ergebenden Fragen ist eine nähere Erläuterung des rechtlichen Charakters einer solchen Zwangseintragung nicht zu umgehen und hierzu wiederum ist es notwendig, auf die für das Verständnis ihres Wesens bedeutungsvolle Entwicklungsgeschichte zurückzugehen.

Die Zwangshypothek, dem gemeinen Rechte unbekannt, findet sich zuerst im Rechte des Code civil.[1] Nach dem Vorbilde dieses Gesetzes fand sie in Preußen zuerst durch die Verordnung vom 4. März 1834 Aufnahme. Eine Neuordnung der Materie erfolgte hier dann durch das Gesetz vom 13. Juli 1883 (§§ 6—12) über die Zwangsvollstreckung in das unbewegliche Vermögen. Bei der Codifikation eines BGB. für das Deutsche Reich wurde im I. Entwurf die Zwangshypothek im Rahmen des materiellen Hypothekenrechts in den §§ 1130—1133 behandelt und zwar im Anschluss an das genannte preußische Gesetz von 1883. Durch eine Verweisung im Entwurf zu dem Zwangsversteigerungsgesetz sollte der Charakter der Zwangshypothek als eine Zwangsvollstreckungsmaßregel klargestellt werden.[2] Jene Bestimmungen wurden in der II. Kommission viel umstritten. Die reichsrechtliche Regelung der Zwangshypothek fand jedoch

[1] Vergl. über die folgende Entwickelungsgeschichte: Mot. III, 621 ff, Prot. III, 694, 711; IV. 739; Mat. S. 258. Ferner: Fischer-Schäfer, 141.

[2] Mot. z. Zw.-V.-Ges. S. 82.

prinzipielle Billigung. Es wurde aber eine Verweisung der für sie vorgeschlagenen Bestimmungen in die CPO. beschlossen. Durch die Novelle zur CPO. sind dann Bestimmungen über die Zwangshypothek in die CPO. aufgenommen.

Für den Charakter der Zwangshypothek interessieren zunächst folgende Bestimmungen: Nach § 866,1 CPO. erfolgt die Zwangsvollstreckung in ein Grundstück durch Eintragung einer Sicherungshypothek, durch Zwangsversteigerung und durch Zwangsverwaltung. Nach Abs. 2 l. c. kann der Gläubiger verlangen, daß eine dieser Maßregeln allein oder neben den übrigen ausgeführt wird.

Die Sicherungshypothek wird auf Antrag des Gläubigers in das Grundbuch eingetragen; die Eintragung ist auf dem vollstreckbaren Titel zu vermerken. Mit der Eintragung entsteht die Hypothek — § 867, Abs. 1, Satz 1 und 2 CPO.

Die Eintragung der Zwangshypothek ist also nach dem Wortlaut des Gesetzes und nach ihrer Regelung im VIII. Buch der CPO. ein Akt der Zwangsvollstreckung.

Das Wesen der Zwangsvollstreckung besteht in der Anwendung staatlichen Zwanges gegen den Schuldner zur Verwirklichung des Gläubigeranspruchs.[1] Unter Verwirklichung eines Anspruchs versteht man aber dessen Realisierung, dessen Befriedigung.[2]

[1] So Fischer-Schäfer, S. 132; Seuffert, Vorbem. zu § 704; Gaupp-Stein, Vorbem. I zu § 704.

[2] Vergl. Fischer-Schäfer, a. a. O.

Betrachtet man nun von diesem Gesichtspunkte aus die 3 im § 866 CPO. einzeln für sich oder nebeneinander zugelassenen Zwangsmaßregeln, so wird die Eintragung einer Sicherungshypothek jedenfalls dem vorangestellten Begriff der Zwangsvollstreckung nicht völlig gerecht. Die Zwangsversteigerung sowohl als die Zwangsverwaltung haben beide als Endzweck die Befriedigung des Gläubigeranspruchs, die erste aus der Substanz, die zweite aus den Erträgnissen des in Anspruch genommenen Grundstücks. Beide geben dem Gläubiger das, was er auf Grund seines Anspruchs zu verlangen hat. Beide Maßregeln sind erst beendet mit der Befriedigung des Gläubigers, soweit die Substanz oder die Erträgnisse des Grundstücks hiezu imstande sind.

Anders liegt es bei der Eintragung einer Sicherungshypothek. Deren Ziel ist nicht unmittelbar die Befriedigung des Gläubigers.[1] Diese Maßregel verhilft ihm nicht zu dem, was er aus seinem Anspruch gegen den Schuldner verlangen kann, sondern gibt ihm etwas, worauf er an sich kraft seines Forderungsrechts keinen Anspruch hat.[2] An einem Anspruch auf Einräumung einer Hypothek, wie im Falle der Verurteilung des Schuldners zur Bewilligung der Eintragung einer Hypothek, fehlt es hier.[3] Der Anspruch des Gläubigers auf Befriedigung seiner Forderung wird

---

[1] Fischer-Schäfer, S. 132; Gaupp-Stein, § 866, I.

[2] Fischer-Schäfer, a. a. O.; Mot., 623.

[3] cf. Biermann, Komm. Vorbem. zu VIII. Abschn., Buch III, 4; ferner KG. und KGJ. 21, A, 328.

durch die Eintragung einer Zwangshypothek in seinem Bestande in keiner Weise berührt; er bleibt weiterhin bestehen. Der Gläubiger erhält nur eine „Sicherung" dieses Anspruchs, eine Hypothek. Mit der Eintragung einer solchen Hypothek ist diese Zwangsvollstreckungsmaßregel erschöpft. Die Hypothek ist mit der Eintragung entstanden und bleibt nunmehr gleich einer vertragsmäßig bestellten Hypothek dauernd bestehen, ohne etwa in ihrer zeitlichen Wirksamkeit von der Vornahme anderer Zwangsvollstreckungsmaßregeln abhängig zu sein. Der Antrag auf Eintragung bedeutet gewissermaßen eine Stundung,[1] mit der nur für den Fall, daß es zur Zwangsversteigerung oder Zwangsverwaltung, sei es auf Antrag desselben oder eines anderen Gläubigers, kommt, die Sicherheit verbunden ist, gemäß § 10, Nr. 4 des Zwangsversteigerungs-Gesetzes vom 24. März 1897 (N. F. 20. Mai 1898) vor allen anderen Gläubigern befriedigt zu werden, die später Rechte erworben haben. Mit der Eintragung ist die Zwangsvollstreckung in Gestalt der Eintragung einer Sicherungs-Hypothek beendet.[2] Zu einer Befriedigung des Gläubigeranspruchs führt die Zwangseintragung nicht; sie sichert nur diese von der Vornahme weiterer Maßregeln abhängige Befriedigung. Die Zwangseintragung ist sonach keine vorbereitende Handlung wie die Pfändung. Das Pfändungspfandrecht ist nur Mittel zum Zweck; die Pfändung dient zur Vorbereitung der Versteigerung und demnächstigen Befriedigung des Gläubigers aus dem

[1] Gaupp-Stein. § 866, I.
[2] Turnau-Foerster, 1845.

Versteigerungserlöse; diesen Charakter trägt die Zwangseintragung dagegen nicht, die Zwangshypothek ist „Selbstzweck."[1]

Der legislative Grund der Zwangshypothek besteht in der Schonung des Schuldners; sie gibt dem Gläubiger die Möglichkeit, ohne Gefährdung seiner eigenen Interessen schonend gegen seinen Schuldner vorzugehen.[2]

Trotz der ausgeführten Besonderheit der Zwangshypothek gegenüber den anderen Zwangsvollstreckungsmaßregeln darf man im Hinblick auf die ausdrückliche Anordnung des § 866, Abs. 1 CPO. der Zwangseintragung keineswegs den Charakter einer Zwangsvollstreckungsmaßregel, der im Geltungsgebiet des bisherigen preußischen Rechts Gegenstand lebhaften Streites[3] war, absprechen.[4] Denn das Gesetz bezeichnet sie eben ausdrücklich als „Zwangsvollstreckung in ein Grundstück". Daher muß sie auch als Zwangsvollstreckung behandelt werden. Insoweit ist sie auch begrifflich als ein Akt der streitigen Gerichtsbarkeit aufzufassen.[5] Daher richten sich in erster Linie die Voraussetzungen der Zwangseintragung nach den allgemeinen Vorschriften über die Zwangsvollstreckung.[6] Wie sonst ist auch bei dieser Zwangsvollstreckungs-

[1] Fischer-Schäfer, S. 132; Mot., III, 623.

[2] Mot. S. 257; Gaupp-Stein, § 866, I; Oberneck, S. 982.

[3] vergl. hierüber: Rothenberg, Wesen und Wirkung der Zwangsvollstreckung aus den §§ 2 Nr. 1, 6—12 des Ges. v. 13. Juli 1883 betr. die Zwangsvollstreckung in das unbewegliche Vermögen. Bei Gruchots Beitr. 35, 753 ff.

[4] So anscheinend nur Dernburg, II, S. 658.

[5] Gaupp-Stein, Vorbem. I, zu § 704.

[6] Petersen, § 867, I.

maßregel Voraussetzung des Anspruchs auf staatliche Beihilfe gegen den Schuldner das Vorhandensein eines vollstreckbaren Schuldtitels. Der Anspruch auf Zwangseintragung ist aber, weil es sich um die Eintragung einer Hypothek handelt, nur gegeben, wenn die zu vollstreckende Forderung eine Geldforderung ist. Im übrigen gilt nach § 866, Abs. 2 CPO. insofern noch eine Einschränkung, als Vollstreckungsbefehle überhaupt in diesem Falle als Titel ungeeignet, andere Titel auch nur geeignet sind bei Vorhandensein einer den Betrag von 300 Mark übersteigenden Forderung.

Insoweit also, als die Voraussetzungen der Zwangsvollstreckung vorliegen müssen, handelt es sich um einen Akt der Zwangsvollstreckung. Im übrigen aber richtet sich die Vollziehung der Maßregel, das Verfahren bei der Eintragung der Sicherungshypothek nach den Vorschriften des Grundbuchrechts.[1] Eine Besonderheit gegenüber den anderen Vollstreckungsmaßregeln zeigt sich nämlich weiterhin darin, daß das Vollstreckungsgericht an der Vollziehung der Zwangseintragung gar nicht beteiligt ist. Einzig und allein das Grundbuchamt[2] tritt hier, und zwar nur auf Antrag des Gläubigers, in Tätigkeit. Der Grundbuchrichter ist also hier gewissermaßen Vollstreckungsorgan.[3] Er nimmt aber hier eine zweifache Funktion

---

[1] So Oberneck, S. 990; Turnau-Foerster, I. 860; Gaupp-Stein, zu § 866, 1; Petersen, zu § 866, 1; Reincke, zu § 867, 1.

[2] Fischer-Schäfer, S. 143; Crome, III, S. 802.

[3] Fischer-Schäfer, a. a. O.

wahr, einmal die eines Vollstreckungsgerichts, dann die eines Grundbuchamts. Die Zwangseintragung trägt somit einen gemischten Charakter,[1] sie ist ein Akt sowohl der streitigen als auch der freiwilligen Gerichtsbarkeit, ein Akt der streitigen, soweit sich die Prüfung auf die allgemeinen und besonderen Voraussetzungen der Zwangsvollstreckung zu erstrecken hat, ein Akt der freiwilligen Gerichtsbarkeit, soweit der Richter bei der Eintragung selbst die Vorschriften des Grundbuchrechts zu beobachten hat. Es läßt sich darüber streiten, ob man nicht angesichts des Wortlauts der Gesetzesbestimmungen in der CPO. sagen muß, es handele sich um einen Akt lediglich streitiger Gerichtsbarkeit, das Grundbuchamt sei in diesem Fall eben nur das Vollstreckungsgericht. Große Bedeutung hat der Streit nicht. Jedenfalls ist es kein Widerspruch, zu sagen, daß jener Akt einen gemischten Charakter an sich trägt. Die Eintragung einer Sicherungshypothek gemäß § 866 CPO. ist eben nicht nur Zwangsvollstreckung, sie ist auch „Eintragung einer Hypothek in das Grundbuch". Eine solche ist immer Gegenstand der freiwilligen Gerichtsbarkeit.

Hat der Richter die Voraussetzungen der Zwangsvollstreckung festgestellt, dann hat er nach den Vorschriften des Grundbuchrechts zu prüfen, ob der Eintragung ins Grundbuch Hindernisse[2] entgegen-

[1] Gaupp-Stein, zu § 867, I; a. M. Oberneck, S. 990, der nur einen Akt der freiwilligen Gerichtsbarkeit für vorliegend erachtet.

[2] Hachenburg, S. 638; ferner cf. oben S. 49, Anm. 1.

stehen. Ergeben sich hierbei keine Bedenken, so hat er einzutragen. Mit der Eintragung entsteht dann die Hypothek — § 867, Abs. 1 CPO.

Die als Zwangshypothek eingetragene Sicherungshypothek[1] ist nunmehr eine gewöhnliche Sicherungshypothek und nach den für diese geltenden Rechtssätzen zu beurteilen. Das Charakteristische der Zwangshypothek ist nur die Art ihrer Entstehung, ihr Weiterbestehen weist Besonderheiten nicht auf. Die Erteilung eines Briefes ist, eben weil sie als Sicherungshypothek eingetragen werden muß, ausgeschlossen. Die Ausgestaltung der Zwangshypothek als einer notwendigen Sicherungshypothek beruht, wie ja auch der Name zeigt,[2] auf dem Gedanken, daß sie nicht dem Verkehr dienen, sondern wesentlich dem Gläubiger nur eine Sicherheit für den Anspruch auf Befriedigung seiner Forderung geben soll. Das Recht aus der Hypothek soll sich nur nach der Forderung bestimmen. Begründet werden kann die Zwangshypothek nur als Sicherungshypothek; eine spätere Umwandlung der eingetragenen Hypothek dagegen in eine Verkehrshypothek ist völlig zulässig — § 1186 BGB. —; denn die eingetragene Hypothek unterscheidet sich durch nichts mehr von der gewöhnlichen Sicherungshypothek.

Ausgehend von dem dargelegten Charakter der Zwangshypothek komme ich zur Besprechung derselben im Verhältnis zu einer früher für dieselbe Forderung auf einem anderen Grundstück begründeten und ein-

[1] Hachenburg, a. a. O.; Crome, III, S. 802; Mot. III, 624.
[2] Crome, III, S. 648.

getragenen vertraglichen Verkehrshypothek. Zunächst ist hierbei zu prüfen, ob nicht, wie von verschiedenen Seiten behauptet wird, in den Vorschriften der CPO. überhaupt das Verbot der Eintragung einer Zwangshypothek für den Fall einer bereits für die Forderung bestehenden „Vertrags"hypothek zum vollen Betrage enthalten ist. Erst wenn das Vorhandensein eines solchen Verbotes zu verneinen ist, also nach CPO. Sicherungshypothek und „Vertragshypothek" nebeneinander begründet werden können, ist zu erörtern, ob die Eintragung einer Zwangshypothek zulässig ist, wenn jene bestehende Vertragshypothek „Verkehrshypothek" ist, ob also auch hier bei der Zwangshypothek jenes oben[1] dargelegte materiellrechtliche Verbot Anwendung findet oder nicht.

§ 6. II, 3.

Zunächst zur ersten Frage.

Nach § 867, Abs. 2 CPO. ist, wenn mehrere Grundstücke des Schuldners mit der Hypothek belastet werden sollen, der Betrag der Forderung auf die einzelnen Grundstücke zu verteilen; die Größe der Teile bestimmt der Gläubiger. Das Gesetz verbietet hiemit eine Gesamtzwangshypothek; dies ist eine Besonderheit der Zwangshypothek, die nicht immer für sie charakteristisch gewesen ist. In der Rechtsentwickelung hat die Zwangshypothek nach dieser Richtung hin mehrfach Wandelungen durchgemacht. Da die Entwickelungs-

[1] Vergl. oben S. 37, 38.

geschichte[1] des § 867, Abs. 2 CPO. vielfach und zwar als Stütze gegenteiliger Ansichten herangezogen wird, muß ich näher auf diese eingehen.

Nach dem bisherigen preußischen Recht, dem Gesetz vom 13. Juli 1883, sowie nach einer Reihe anderer Landesgesetze,[2] konnte der Gläubiger verlangen, daß die Forderung auf sämtliche Grundstücke des Schuldners eingetragen wurde; er erhielt auf diese Weise eine Gesamtzwangshypothek. Das Gesetz gab jedoch für den Fall der Übermäßigkeit der durch die Zwangshypothek begründeten Sicherheit[3] dem Schuldner die Befugnis, mittels einer gegen den Gläubiger anzustellenden Klage die Verteilung der Forderung auf einzelne Grundstücke oder die Befreiung einzelner Grundstücke von der eingetragenen Hypothek zu beantragen. Im Anschluß hieran erfolgte auch die Regelung im § 1131 des I. Entwurfs zum BGB., jedoch insofern in Erweiterung des früheren Rechts, als der Schuldner jene Übermäßigkeitsklage auch dann sollte anstrengen können, wenn die Zwangshypothek mit einer früher eingetragenen Vertragshypothek zusammen dem Gläubiger eine übermäßige Sicherheit bot. Die II. Kommission[4] zur Lesung eines BGB. und dieser folgend traf der Entwurf der Novelle zur CPO. bei Aufnahme der in die CPO. verwiesenen Bestimmungen über die Zwangshypothek hier eine Abänderung. Und

[1] Vergl. die Zusammenstell. RJA. III, 208 (Kg. 15. XII. 02).
[2] Mot. z. BGB. III, 773, 774; Mat. z. CPO. S. 258.
[3] § 6 des Pr. Ges. vom 13. 7. 1883.
[4] Prot. III, 703 ff., VI. 739.

zwar deshalb,[1] weil jene Klagebefugnis des Schuldners nicht ausreichte, um ihn gegen eine übermäßige Belastung seines Grundbesitzes zu schützen. Auch erscheine es gegenüber den Schwierigkeiten, welche mit Gesamthypotheken regelmäßig verbunden seien, nicht angängig, deren Entstehung durch die Gesetzgebung zu begünstigen, namentlich gegenüber den Schwierigkeiten im Zwangsversteigerungs-Verfahren (§§ 64, 122 ZwVG.). Der Entwurf verbot daher die Eintragung einer Gesamtzwangshypothek überhaupt, indem er zu den Grundsätzen des früheren preußischen Rechts (§§ 22, 23 der Verordnung vom 4. März 1834) zurückkehrte.[2] Jedoch wurde bei Fassung des Textes der Fall, daß bereits eine Vertragshypothek für die Forderung bestand, wie im § 1131 E. I. BGB., nicht erwähnt. Diese Bestimmung ist fallen gelassen; aus welchem Grunde, ob mit Absicht oder versehentlich, ist nicht festzustellen.[3]

Nun hatte jene Verordnung vom 4. III. 1839 gerade in dem hier in Frage kommenden Punkte durch ein Reskript des Justizministers vom 17. September 1836 eine Ausdehnung[4] dahin erfahren, daß, wenn bereits eine Vertragshypothek auf einem Grundstück des Schuldners bestand, eine Zwangshypothek auf einem anderen Grundstück nur insoweit zulässig sein sollte, als das erstere Grundstück in Höhe der

---

[1] Mat., S. 258.
[2] So Mat., S. 258.
[3] Ebenso Biermann im Recht 1905, 258.
[4] So Kg. RJA. III, 210.

auf das andere Grundstück einzutragenden Summe aus der Pfandverbindlichkeit entlassen werde. Wenn nun die Begründung zur CPO.-Novelle auch ausdrücklich sagt, das Gesetz kehre zu den Grundsätzen der Verordnung von 1834 zurück, so fehlt es an jeglichem Anhalt dafür, daß der Wille bestand, auch auf jene Ausdehnung vom 17. IX. 1836 zurückzukommen.[1] Der Wortlaut des Gesetzes selbst bietet auch keinerlei Anhalt; der Fall des Vorhandenseins einer Vertragshypothek ist im § 867 Abs. 2 CPO. nicht geregelt. Wenn es dort heißt: Sollen mehrere Grundstücke mit der Hypothek belastet werden, so ist mit diesem Hinweis die im Abs. 1 l. c. genannte Hypothek, die „einzutragende" Hypothek gemeint. Das Gesetz verlangt nur eine Verteilung der Forderung auf die Grundstücke, welche mit der einzutragenden Zwangshypothek belastet werden sollen.[2]

Entgegen dem klaren Wortlaut des Gesetzes wird von einer Reihe von Schriftstellern[3] die gegenteilige Ansicht vertreten. So ist insbesondere hingewiesen worden[4] auf die in der Entwickelungsgeschichte hervorgetretenen Gedanken, welche bei der Änderung der Bestimmung gegenüber der bisherigen Regelung maß-

---

[1] So Kg. RJA. III, 210.

[2] Kg. in RJA. III, 208; Turnau-Foerster II, 556; Bair. OLG. 5. 6. 02 im Recht 1902, 385 = OLGRspr. 5, 332; Schürmer im Recht 1902. 384.

[3] Oberneck, S. 992 u. im Recht 1902, 308; Gaupp-Stein zu § 867, V; Achilles-Strecker, I, 99; Fischer-Schäfer, S. 153; ferner Zus.-Stellung v. Schürmer, a. a. O.

[4] So Fischer-Schäfer, a. a. O.

gebend waren. Mit der Beseitigung der auch für den Fall des Zusammentreffens von Vertragshypothek und Zwangshypothek in § 1131, E. I BGB., dem Schuldner gegebenen Übermäßigkeitsklage habe die Lage des Schuldners gebessert werden sollen; es würde aber eine Verschlechterung für den Schuldner bedeuten, wenn neben einer freiwillig bestellten Hypothek die Eintragung einer Zwangshypothek zulässig sein würde. Außerdem liege der Vorschrift des § 867, Abs. 2 CPO. der gesetzgeberische Gedanke zu Grunde, daß das mit dem Schuldtitel verbundene Recht auf Sicherungshypothek befriedigt sei, sobald eine Hypothek in Höhe der zu sichernden Forderung oder mehrere Hypotheken zu einem der Forderung gleichkommenden Gesamtbetrage eingetragen seien. Deshalb sei die Zwangshypothek überhaupt unstatthaft, wenn bereits zum ganzen Betrage eine Vertragshypothek begründet sei.

Daß jene gesetzgeberischen Gedanken, auch die Erwägung, daß die Entstehung von Gesamthypotheken nicht begünstigt werden soll[1], geeignet sind, an sich die von den Gegnern vertretene Ansicht zu stützen, läßt sich nicht verkennen. Es kommt aber in erster Linie auf die Gesetzesbestimmung selbst an, und diese kann, wie gesagt, weder dem Wortlaut nach, noch nach dem klaren Wortlaute unterliegenden Sinne zweifelhaft sein.[2]

Denkbar wäre nun allerdings eine analoge Anwendung jener Bestimmung im Sinne der von mir be-

[1] Mat., S. 258.

[2] a. M. Achilles-Strecker, S. 99.

kämpften Ansicht. So[1] wird geltend gemacht, daß das Verbot der Zwangshypothek auch dann gelte, wenn die mehreren Grundstücke zeitlich nacheinander belastet werden sollten, und daß, wenn sich aus dem Vermerke auf dem Schuldtitel ergäbe, daß bereits auf einem anderen Grundstück der volle Betrag eingetragen sei, jede weitere Eintragung abgelehnt werden müsse. Dies ist allerdings richtig;[2] im Wege der Zwangsvollstreckung kann der Gläubignr nur eine Sicherung erhalten, die in ihrem Umfange dem Betrage der Forderung gleichkommt; ließe man nacheinander die Eintragung mehrerer Zwangshypotheken zum vollen Betrage zu, so würde das der ausdrücklichen Bestimmung des § 867, CPO., die dem Gläubiger eben keine Gesamtzwangshypothek zugesteht, zuwiderlaufen. Nun soll nach Gaupp-Stein[3] dasselbe und in Analogie des § 777 CPO. gelten, wenn nicht eine Zwangshypothek, sondern eine Vertragshypothek eingetragen ist. Der erste Vergleich ist deshalb nicht richtig, weil eben nur die Zwangshypothek durch das Verbot des § 867, Abs. 2 CPO., nicht aber eine bereits bestehende Vertragshypothek betroffen wird. Eine Heranziehung des § 777 CPO. ist hier auch nicht angängig. Einmal sind schon die besonderen Regeln der Mobiliar- und der Inmobiliarzwangsvollstreckung gänzlich verschieden; dann ist § 777 CPO. selbst eine Ausnahmevorschrift[4] von der Regel, daß an

[1] Gaupp-Stein, zu § 867, V; Seuffert, § 867, 4,4.

[2] Ebenso Hachenburg, S. 643; a. M. Bair. OLG., OLG. Rspr. 5, 332.

[3] Zu § 867, V.

[4] Biermann im Recht, 05, 267.

sich der Zwangsvollstreckung das gesamte Vermögen des Schuldners unterliegt. Wenn von dieser Regel für bewegliche Sachen eine Ausnahme gemacht ist, so beruht das auf dem Gedanken, daß die verpfändete bewegliche Sache sich völlig in der Hand des Gläubigers befindet, und dem Schuldner so die Verfügungsmacht ganz genommen ist. Bei Grundstücken trifft dieser Gedanke, soweit es sich um die Vollstreckungsmaßregel der Zwangshypothek handelt, nicht zu. Die hypothekarische Belastung hindert im übrigen die Verfügungsmacht des Schuldners über sein Grundstück in keiner Weise. Darum kann man auch jenes im § 777 CPO. dem Schuldner gegebene beneficium excussionis reale nicht heranziehen.

So nach Ergebnis: Nach § 867, Abs. 2 CPO. ist die Eintragung einer Zwangshypothek nicht verboten, wenn für die zu sichernde Forderung bereits eine „Vertrags"hypothek anderweitig eingetragen ist.

War also nach rein materiellem Recht die Eintragung einer Sicherungshypothek verboten, wenn für die Forderung eine „Verkehrs"hypothek bestand, weil ein Zusammentreffen solcher verschiedenartiger Hypotheken den Grundregeln des materiellen Rechts widerspricht, war also eine „vertragsmässige" Begründung von Verkehrshypothek und Sicherungshypothek für eine Forderung ausgeschlossen, so enthält die CPO. ein solches Verbot nicht; denn, da sie das Zusammentreffen von Vertragshypothek und Zwangshypothek nicht verbietet, verbietet sie ausdrücklich auch nicht das Zusammentreffen von Vertragsverkehrs-

hypothek und Zwangssicherungshypothek. Wie ist nun dieser Widerspruch, diese Inkongruenz zwischen materiellem Sachenrecht und formellem Prozeßrecht zu lösen?

§ 7. II, 4.

Ich komme hiermit nunmehr zur zweiten oben[1] aufgeworfenen und damit zur Hauptfrage der Arbeit:

Ist die Eintragung einer Zwangshypothek dann und deshalb verboten, wenn und weil für die Forderung auf einem anderen Grundstück bereits eine Verkehrs-(Brief- oder Buch-)hypothek eingetragen ist?

Ich gelange zur Bejahung der Frage auf Grund folgender Erwägungen.

Bei der Vertragshypothek sind zur Entstehung „Einigung" und Eintragung erforderlich; der zustimmende Wille des Schuldners bzw. des Eigentümers kann nicht entbehrt werden. Im Falle der Zwangshypothek tritt an die Stelle dieses Willens der vollstreckbare Schuldtitel. Der Schuldtitel ersetzt das Tatbestandsmerkmal des schuldnerischen Willens. Ein solcher ist für die Entstehung einer Zwangshypothek nicht erforderlich. Er braucht auch nicht durch Urteil herbeigeführt zu werden, wie in den Fällen, wo es sich um einen materiellen Anspruch auf Eintragung einer Hypothek handelt.[2] Nun ist die Voraussetzung einer Zwangsvollstreckung, daß der Schuldner seinen

[1] vergl. Seite 54.

[2] So s. Seite 45, Anm. 1.

Verpflichtungen nicht nachkommt. Die Zwangsvollstreckung soll das, was der Schuldner freiwillig nicht tut, erzwingen. Voraussetzung ist deshalb auch, daß der Schuldner überhaupt freiwillig das kann, wozu er gezwungen werden soll. Jemand kann zu etwas, was er überhaupt nicht kann, auch nicht gezwungen werden.

Ich habe oben auseinandergesetzt, daß ein Schuldner eine dingliche Sicherheit in Gestalt einer Sicherungshypothek dann nicht geben kann, wenn für seine Schuld bereits auf einem anderen Grundstück eine Verkehrshypothek begründet ist, weil das materielle Grundbuchrecht hier seine Mitwirkung versagt. Selbst wenn im vorliegenden Falle B. auf dem Grundstück X. freiwillig hätte eine Sicherungshypothek bestellen wollen, so hätte dieser Wille nichts genützt. Das dingliche Recht hätte nicht zur Entstehung gelangen können. Soll nun eine solche Sicherung, die selbst mit dem vorhandenen Willen des Schuldners nicht begründet werden kann, im Wege der Zwangsvollstreckung entstehen können? Sollte das Recht auf der einen Seite dem Schuldner etwas verbieten, auf der andern Seite ihn zu dem, was es einmal verboten hat, zwingen wollen? Es wäre dies ein sonderbarer Widerspruch, eine Inkonsequenz. Die in Frage kommenden Gesetzesbestimmungen nötigen nun aber gar nicht zu dem Schluß, daß eine solche Inkonsequenz tatsächlich gewollt ist. Wie die Entwickelung der Zwangshypothek zeigt, hat auch deren Regelung, abgesehen davon, daß sie eben Zwangsvollstreckungsmaßregel

ist, das gesamte materielle und formelle Grundbuchrecht zur Grundlage. Sie ist eben neben jener Eigenschaft auch eine „Grundbucheintragung“ und eine Sicherungshypothek mit allen durch das materielle Recht gegebenen Tatbestandsmerkmalen und Besonderheiten, soweit sich nicht Sonderbestimmungen aus der CPO. ergeben. Wie gesagt, beruht der wichtigste und der grundlegende Unterschied nur auf der Entstehungstatsache, Schuldtitel statt Eintragungsbewilligung.

Trotzdem ist in der Praxis[1] die Zulässigkeit der Begründung einer Zwangshypothek bei bereits bestehender Verkehrshypothek durch die CPO. für nicht verboten und eine solche Eintragung für zulässig erachtet worden mit folgender Begründung:[2] Die Eintragung einer Forderung im Vollstreckungswege sei vom Gerichte zugelassen, unabhängig von einer bereits vorhandenen Vertragshypothek für dieselbe Forderung. § 867 CPO. habe die Zwangsvollstreckungshypothek selbständig neben der durch das BGB. geregelten Vertragshypothek geordnet. Nirgends sei angeordnet, daß die erstere unzulässig sein sollte, wenn für die Forderung bereits eine vom Schuldner bewilligte Hypothek eingetragen sei. Habe das Gesetz aber die Zwangshypothek zugelassen, so sei, da erstere nur in der Form der Sicherungshypothek zugänglich sei, für diesen Fall durch das Gesetz die Möglichkeit des Zusammen-

---

[1] So Kg. 15. 12. 02 in RJA. III, 211 = KGJ, 25 A., 294 = OLGRspr. 6, 135; v. 11. 1. 04 in KGJ. 27 A. 138; ebenso Fuchs I 633.

[2] So Kg. in Entsch. v. 15. 12. 02, cf. Anm. 1.

treffens einer Sicherungshypothek mit einer Verkehrshypothek in Ansehung derselben Forderung anerkannt. Ich kann dieser Argumentation nicht folgen.

Wenn auch die Zwangssicherungshypothek in der CPO. geregelt ist, so ist ihre Beurteilung doch ohne Heranziehung der Grundsätze des materiellen Hypothekenrechts, naturgemäß, soweit nicht die CPO. Besonderheiten aufweist, nicht möglich. Die Grundlagen auf dieser Hypothek ruhen ebensosehr in dem materiellen Grundbuchrecht als im Prozeßrecht. Deshalb kann man meines Erachtens auch daraus, daß in der CPO. ein Verbot des Zusammentreffens von Zwangshypothek und Verkehrshypothek nicht ausgesprochen ist, nicht schließen, daß das Gesetz hier eine Ausnahme von den Grundsätzen des materiellen Rechtes machen will. Ein solches Verbot hätte als Ausnahme von der Regel ausdrücklich ausgesprochen werden müssen, wie es z. B. bezüglich der Gesamtzwangshypothek geschehen ist. Wäre § 867, Abs. 2 CPO. nicht, so müßte man doch unter folgerichtiger Heranziehung des materiellen Rechts die Zulässigkeit einer Gesamtzwangshypothek annehmen; denn von Gesamthypotheken ist sonst in der CPO. nicht die Rede. Wenn das Gesetz hier sagt: eine Gesamtzwangshypothek gibt es nicht, so heißt das: in dieser Beziehung soll das materielle Hypothekenrecht eine Abänderung erfahren. Ebensogut aber, wie es eine Regel des materiellen Rechts ist, daß Sicherungshypotheken auch Gesamthypotheken sein können, ist es ein Grundsatz des materiellen Rechts, daß eine Sicherungshypothek nicht neben einer Verkehrshypothek

für dieselbe Forderung begründet werden kann. Die Ausnahme von der ersten Regel ist durch das Gesetz ausdrücklich ausgesprochen; da sie von der anderen nicht ausgesprochen ist, so folgt daraus, daß eben keine Ausnahme gemacht werden soll. Das Verbot liegt in der Wahl der Sicherungshypothek. Diese Sicherungshypothek beurteilt sich, abgesehen von den ausdrücklich in der CPO. getroffenen Sonderbestimmungen, ebenso nach materiellem Recht, wie jede andere Sicherungshypothek. Daß die Sicherungshypothek nicht mit einer Verkehrshypothek zusammentreffen kann, ist gewissermaßen eine Eigenschaft, die ihr anhaftet. Und zwar haftet sie ihr immer an, solange sie ihr nicht genommen ist. Und das ist m. E. durch die CPO. aus den angeführten Gründen nicht geschehen.

Während nun die besprochene Entscheidung die eine Grundregel des materiellen Rechts — Verbot des Zusammentreffens von Sicherungshypothek und Verkehrshypothek — nicht anwendet, zieht sie eine andere Grundregel des materiellen Rechts heran, nämlich die, daß für eine Forderung mehrere Einzelhypotheken nicht bestehen können. Beide Regeln sind ausdrücklich im Gesetz nicht ausgesprochen, sie ergeben sich aber, wie oben ausgeführt, aus der gesamten Regelung des Hypothekenrechts. Das Kammergericht sagt, weil es Einzelhypotheken für *eine* Forderung nicht gäbe, deshalb müßten die beiden Hypotheken eine Gesamthypothek bilden. Wenn es richtig wäre, daß die CPO. das Institut der Zwangshypothek völlig selbständig geregelt hätte, warum ist man notwendig zu solcher

Folgerung gezwungen? Dann konnte man mit demselben Rechte sagen: Hier ist ein Fall, wo das Gesetz für eine Forderung zwei Einzelhypotheken zuläßt; beides aber, zwei Einzelhypotheken für eine Forderung, sowie eine Gesamthypothek, bestehend aus Briefhypothek und Sicherungshypothek, ist dem Gesetz in gleicher Weise unbekannt. Ich glaube hiemit gezeigt zu haben, daß die Grundsätze des materiellen Rechts auch bei der Zwangshypothek allgemein beobachtet werden müssen, nur soweit nicht, als das Gesetz selbst ausdrücklich hiervon Ausnahmen normiert hat.

In Anwendung auf den gegebenen Fall erscheint es allerdings befremdlich, dem A. die Zwangshypothek zu versagen, namentlich mit Rücksicht darauf, daß er dingliche Sicherheit am Vermögen seines Schuldners B. gar nicht hat; denn der Eigentümer des belasteten Grundstücks Z. ist nicht mehr der Schuldner B., sondern C. Und Zwangseintragung ist hier doch Zwangsvollstreckung. Weshalb soll er nicht gegen seinen Schuldner vollstrecken können? Aber die Antwort liegt in dem oben erörterten Charakter der Zwangseintragung, sie ist eben nicht bloß Zwangsvollstreckung, sondern auch „Eintragung ins Grundbuch". Dem Gläubiger stehen ja auch genügend andere Mittel gegen den Schuldner zu, sich zu seinem Rechte zu verhelfen.

Die gegenteilige vom Kg. vertretene Auffassung führt, wie ich nunmehr darlegen werde, zu bedenklichen Konsequenzen. Auch deshalb wird die von mir vertretene Ansicht jedenfalls vorzuziehen sein.

Vom Kammergericht[1] wird in der besprochenen Entscheidung darauf hingewiesen, daß die Einheitlichkeit der Gesamthypothek in solchem Falle nicht völlig verloren ginge, da § 49 GBO., wonach bei nachträglicher Belastung eines Grundstücks mit einem an einem anderen Grundstück bereits bestehenden Recht die Mitbelastung auf jedem Grundstück von amtswegen erkennbar zu machen ist, auch im Falle des Zusammentreffens einer Vertragshypothek und einer Zwangshypothek Anwendung finde. Damit sei die Möglichkeit gegeben, das Auseinandergehen beider Hypotheken zu verhindern. Die entsprechende Anwendung des § 49 GBO. ist allerdings eine folgerichtige Konsequenz[2] aus der vom Kg. vertretenen Meinung. Wie aber in den Fällen — und die sind ebenso leicht denkbar — in denen jene frühere Belastung eines anderen Grundstücks dem Grundbuchrichter nicht bekannt ist? Derjenige, zu dessen Schutz die Eintragung eines Mithaftvermerks vorgeschrieben ist, erfährt erst die vollendete Tatsache der vollzogenen Zwangseintragung. Versäumt der Schuldner bei rechtsgeschäftlicher Begründung einer zweiten Hypothek, die Eintragung eines Mithaftvermerks zu veranlassen, so muß er den Schaden tragen; denn hier konnte er jene Eintragung veranlassen. In diesem Falle aber entsteht ein Zeitraum — von der Eintragung bis zu der nach § 55 GBO. vorgeschriebenen Benachrichtigung — innerhalb dessen, ohne daß der Schuldner in der Lage ist, etwas

[1] RJA. III, 212.

[2] Ebenso Brand, S. 257; Turnau-Foerster, II, 556.

zu tun, alle die Gefahren[1] bestehen, welche das Fehlen eines Mithaftvermerks mit sich bringen kann. An sich liegt ja ein Grund zur Schonung des säumigen Schuldners nicht vor. Die Zwangsvollstreckung dient den Interessen des Gläubigers. Andererseits ist aber gerade die Zwangshypothek wiederum, wie ich gezeigt habe, im Interesse und zum Zweck der Schonung des Schuldners gegeben. Diesem Zweck widerspricht jedenfalls das obige Ergebnis.

Ich weise ferner auf die auch hier sich ergebenden Schwierigkeiten hin, die sich bei entsprechender Anwendung der für eine Gesamthypothek gegebenen Vorschriften der Grundbuchordnung ergeben, wenn Briefhypothek und Sicherungshypothek zusammentreffen. Ich habe diese bereits oben dargelegt.[2]

Nehmen wir folgenden Fall: A. beantragt die Eintragung einer Zwangshypothek nicht auf einem Grundstück seines Schuldners B., sondern auf dessen 2 Grundstücken X_1. und X_2. Nach § 867 Abs. 2 CPO. muß A. die Forderung auf die beiden Grundstücke verteilen, beispielsweise seine Forderung von 1000 zu je 500 auf X_1 und X_2. Dann müßten auf X_1 und X_2 zwei Einzelhypotheken für je 500 Mark Forderung eingetragen werden. Diese beiden Hypotheken sind von einander unabhängig. Jedes Grundstück haftet nur für die Hälfte der bisherigen ganzen Forderung. In welchem rechtlichen Verhältnis sollen nun diese beiden Einzelhypotheken mit der für die ganze Forderung

[1] Vergl. Seite 17 f.
[2] Vergl. S. 27 ff.

auf Z. eingetragenen Briefhypothek stehen. Zwei Einzelhypotheken können mit einer dritten wohl kaum eine Gesamthypothek bilden. Man könnte sich allerdings in diesem Falle mit folgender Rechtskonstruktion helfen: es entstehen zwei Gesamthypotheken, jede Einzelhypothek bildet mit dem ihr entsprechenden Betrage der Briefhypothek eine besondere Gesamthypothek. Es besteht nun aber ein Hypothekenbrief. Die hieraus sich ergebenden Weiterungen und die noch viel größeren Schwierigkeiten, die sich bei Anwendung der Vorschriften der Grundbuchordnung ergeben müssen, gegenüber dem Fall, daß die Sicherungshypothek auf nur einem Grundstück begründet werden soll, lassen die Anwendung einer solchen Rechtskonstruktion für die Praxis sehr bedenklich erscheinen. Sie muß von der Hand gewiesen werden. Vermieden werden aber solche Schwierigkeiten nicht, wenn man die Anwendung des § 867 CPO. ohne Rücksicht auf das materielle Recht zulässig hält.

Es ist nun allerdings nicht zu verkennen, daß die von der Praxis getroffene Entscheidung dem Zweck der Zwangsvollstreckung, die eben den Interessen des Gläubigers und nicht zur Schonung des Schuldners dient, mehr gerecht wird, besonders in den Fällen, in denen die bestehende Vertragshypothek für den Gläubiger gänzlich wertlos ist. Ich kann aber aus Gründen der Rechtslogik, wie ausgeführt, nicht zu jener Auffassung kommen. Ich weise im Anschluß hieran darauf hin, daß die von mir vertretene Ansicht mit den für die Regelung der „Zwangshypothek“ maßgebend gewesenen

gesetzgeberischen Gedanken völlig im Einklang steht: Schonung des Schuldners, Vermeidung der Entstehung von Gesamthypotheken und Vermeidung übermäßiger Belastung des schuldnerischen Grundbesitzes.

Das Ergebnis für unsern Fall ist sonach kein anderes, wie wenn die auf X. eingetragene Sicherungshypothek nicht im Wege der Zwangsvollstreckung eingetragen, sondern rechtsgeschäftlich bestellt worden wäre. Sie besteht also nach den oben ausgeführten Gründen nur formell; das dingliche Recht besteht garnicht; es konnte nicht begründet werden, weil das materielle Recht seine Entstehung verbietet.

A. hatte also zur Zeit der von E. und F. bewirkten Pfändungen außer seiner persönlichen Forderung nur ein dingliches Recht am Grundstück Z. in Gestalt der Briefhypothek, am Grundstück X. hatte er gar kein dingliches Recht. Die nur formell bestehende Sicherungshypothek muß auf Verlangen des Schuldners gelöscht werden.

§ 8. III.

Ich kehre nunmehr zur Betrachtung der zu Anfang der Arbeit besprochenen, durch E. und F. bewirkten Pfändungen zurück.

E. hatte bei der Pfändung der Forderung des A. gegen B., wie wir gesehen, die Vorschrift des § 830 CPO. in Ansehung der für die Forderung auf dem Grundstück Z. lastenden Briefhypothek nicht beobachtet. Angenommen nun, jene Briefhypothek bestände

nicht, so wäre im vorliegenden Falle für die Pfändung der Forderung durch E. erforderlich und ausreichend die Zustellung des Pfändungsbeschlusses. Die Bestimmung des § 830 CPO. kommt auf die auf X. eingetragene Sicherungshypothek hier deshalb nicht in Anwendung, weil, wie wir gesehen, diese Sicherungshypothek gar nicht „besteht". § 830 CPO. setzt das „Bestehen" eines dinglichen Rechts voraus; denn nur in Ansehung eines solchen besteht jene oben besprochene grundsätzliche gegenseitige Abhängigkeit von Forderung und Hypothek. Weil nun aber für die von E. gepfändete Forderung eine Hypothek „besteht" (§ 830 CPO.), nämlich die Briefhypothek auf Z., so liegt auch eine rechtswirksame Pfändung jener persönlichen Forderung nicht vor. Ein dingliches Recht an X. konnte er nicht pfänden; denn ein solches war nicht vorhanden. Das Grundstück war gar nicht verhaftet. Die von E. vorgenommene Pfändung ist hiernach nicht geeignet, ihm irgend welche Rechte, weder an der Forderung des A. gegen B., noch an dem Grundstück X. zu verschaffen.

Anders hingegen F.

Dieser hat die Forderung des A. mit der Briefhypothek unter Beobachtung der Bestimmung des § 830 CPO. gepfändet. Nach dem oben gewonnenen Ergebnis hatte er die Forderung und damit auch die Hypothek nicht rechtswirksam gepfändet, weil er die Vorschrift des § 830 CPO. in Ansehung der Sicherungshypothek nicht befolgt hatte. Die Nichtbeachtung kann ihm jedoch nunmehr deshalb nicht zum Nachteil

gereichen, weil die Sicherungshypothek keinen rechtlichen Bestand hat. § 830 CPO. kommt nur zur Anwendung auf „bestehende“ Hypotheken. Deshalb war auch eine Eintragung der Pfändung auf dem Grundstück X. hier nicht notwendig für die Rechtswirksamkeit der Pfändung der Forderung des A. gegen B. Das rein formelle Eingetragensein bildet kein Hindernis; F. würde auch durch eine solche Eintragung, wie wir bei E. gesehen haben, Rechte überhaupt nicht haben erwerben können. Das Grundstück X. scheidet, eben weil es gar nicht für die Forderung verhaftet ist, gänzlich aus.

Die sonach rechtswirksame Pfändung des F. ist geeignet, ihm sowohl die persönliche Forderung des A. gegen B., wie dessen dingliches Recht am Grundstück Z. zu verschaffen. Während E. mit einer Klage — im Falle der Überweisung des Anspruchs — gegen B. abgewiesen werden muß, weil es ihm an der notwendigen Voraussetzung einer rechtswirksamen Pfändung gebricht, dringt F. in solchem Falle mit seiner Klage durch. In gleicher Weise muß ein Rechtsstreit zwischen E. und F. in Ansehung der von ihnen geltend gemachten Ansprüche zu Gunsten des F. entschieden werden.

Will E. neben F. Rechte an der Forderung und der Briefhypothek erwerben, so muß er eine gänzlich neue Pfändung vornehmen. Eine Nachpfändung — ich möchte hierauf noch kurz hinweisen — der durch eine Briefhypothek gesicherten Forderung gemäß § 830 CPO. ist nicht möglich.[1] Bei der Pfändung einer durch eine

[1] So Gaupp-Stein, § 830, V; Petersen, § 830, 2a; a. M. Seuffert, § 830, 2a.

Briefhypothek gesicherten Forderung entsteht das Pfändungspfandrecht an der Forderung mit der Übergabe bezw. Wegnahme des Briefes vom Schuldner an den Gläubiger. Das entstandene Pfandrecht erstreckt sich kraft Gesetzes auf die Hypothek und gemäß § 952 Abs. 2 BGB. auch auf den Hypothekenbrief.[1] Als bewegliche Sache kann der Hypothekenbrief nicht gepfändet werden und das Erfordernis der Übergabe des Briefes kann nicht mehr erfüllt werden, jedenfalls nicht ohne den Willen des ersten Gläubigers, der den Brief in Händen hat.[2] Deshalb muß E. den Anspruch des A. auf Rückgabe des Briefes nach Befriedigung des F. oder den Anspruch auf den dem A. zustehenden Überschuß im Falle der Hinterlegung oder Zahlung seitens des B. pfänden.[3]

§ 9. IV.

Gelangte die Tatsache des Bestehens der Briefhypothek zur Kenntnis des Grundbuchrichters, bei dem die Eintragung der Zwangshypothek von A. beantragt wurde, — z. B. ergab sich die Tatsache aus dem vorgelegten Schuldtitel oder machte der Antragsteller selbst davon Mitteilung, indem er etwa die Eintragung eines Mithaftvermerks beantragte — so mußte die Prüfung des Grundbuchrichters nach den allgemeinen

[1] So Gaupp-Stein, § 830, V, 2; RG. 27. 4. 01 in Gruchots Beitr. 45, 1166.

[2] Gaupp-Stein a. a. O.

[3] Gaupp-Stein, § 830, V, 2; Petersen, § 830, 2a.

Voraussetzungen der Eintragung in das Grundbuch ergeben, daß die Eintragung nicht zulässig war. Und hiernach mußte er das von ihm einzuschlagende Verfahren einrichten.

Einmal stand es ihm frei, unter Angabe der Gründe den Antrag auf Eintragung zurückzuweisen; er konnte also die Eintragung als unzulässig ohne weiteres ablehnen. Nach § 18 GBO. stand ihm jedoch eine weitere Möglichkeit offen. Er konnte dem A. eine angemessene Frist zur Hebung des Hindernisses — Bestehen der Briefhypothek — bestimmen, nach deren Ablauf der Antrag zurückzuweisen war, wenn nicht inzwischen die Hebung des Hindernisses nachgewiesen wurde (§ 18, 1 GBO.). Der grundlegende und bedeutungsvolle Unterschied beider Möglichkeiten besteht darin, daß im zweiten Fall der Rang der beantragten Eintragung gegenüber späteren Anträgen gewahrt bleibt. Denn nach § 18, Abs. 2 GBO. muß im Falle des Eingangs weiterer Anträge von amtswegen eine Vormerkung bezw. ein Widerspruch eingetragen werden.

Die Wahl zwischen beiden Möglichkeiten liegt im pflichtmäßigen[1] Ermessen des Richters. Bei Prüfung der Frage, welchen Weg er einschlagen wird, hat er zu erwägen, daß durch eine einfache Ablehnung des Antrags dem Antragsteller sehr geschadet werden kann, namentlich dann, wenn das Hindernis leicht zu beseitigen ist oder das Bestehen des Hindernisses, wie im vorliegenden Fall, dem Antragsteller schwerlich bekannt ist. Die Möglichkeit des Erlasses einer solchen

[1] So Achilles, S. 208.

Zwischenverfügung ist im vorliegenden Falle nicht etwa deshalb ausgeschlossen, weil es sich um eine Eintragung im Wege der Zwangsvollstreckung handelt. Dieser von Willenbücher[1] und Fuchs[2] vertretenen Ansicht ist allerdings wohl insoweit beizutreten,[3] als es sich um Mängel der Zwangsvollstreckung selbst handelt; denn eine Zwangsvollstreckung darf nicht beginnen, wenn ihre Voraussetzungen nicht schon bei Stellung des Antrages vorliegen. Um das Fehlen einer Voraussetzung der Zwangsvollstreckung handelt es sich aber hier, wie oben ausgeführt, nicht; das Hindernis liegt im Grundbuchrecht. Insoweit muß § 18 GBO. auch in den Fällen der beantragten Eintragung einer Zwangshypothek Anwendung finden.

Wie das Verfahren des Grundbuchrichters sich gestaltet, wenn man der Ansicht des Kammergerichts folgen will, darauf ist im Laufe der Arbeit mehrfach hingewiesen. Da nach dieser Auffassung eine Gesamthypothek entsteht, so ist nach den für die successive Begründung einer Gesamthypothek in der GBO. gegebenen Vorschriften zu verfahren. Deren entsprechende Anwendung ist allerdings, wenn auch mit Schwierigkeiten, möglich; sie läßt sich aber nicht ohne Verletzung des Gesetzes durchführen, wie ich oben gezeigt habe.

Endlich weise ich im Zusammenhang hier noch einmal darauf hin, daß, wenn man die Eintragung

---

[1] S. 313.
[2] II, 208, Anm. 19.
[3] Ebenso Oberneck, S. 210.

einer Zwangshypothek neben einer Verkehrshypothek für zulässig hält, der Schluß nicht mit Rechtsnotwendigkeit gezogen zu werden braucht, daß jene beiden zusammen eine Gesamthypothek bilden müssen. Nimmt man an, daß sie als „Einzelhypotheken“ nebeneinander bestehen können, so wird das Verfahren bei Eintragung der Zwangshypothek in keiner Weise durch das Bestehen der Briefhypothek berührt.